

EL LUCRO Y EL DAÑO: LAS CONDUCTAS DE CÁLCULO APRIORÍSTICO DEL DAÑO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Efrén Pérez Borges

Abogado del área de Derecho Procesal Civil

Doctorando en Derecho Económico y de la Empresa por la Universidad Pontificia Comillas

I. SÍNTESIS

Los ámbitos jurídico y económico de nuestros días se encuentran cada vez más entrelazados y presentan desafíos recíprocos, incapaces de ser aislados en uno u otro campo. Los paradigmas jurídicos tradicionales, aun siendo en la mayoría de los casos plenamente aplicables, se muestran en ocasiones insuficientes para dar respuesta a situaciones económicas de cierta recurrencia.

Esa insuficiencia, identificada hace lustros en otros ordenamientos jurídicos, ha sido amplificadas por el fenómeno de la globalización y la economía de mercado. El Derecho de Daños no es una excepción.

En este sentido, este estudio se adentra en aquellas conductas generadoras de un daño, que habiendo sido objeto por su causante del cálculo apriorístico de su alcance, le permiten obtener un beneficio económico incluso a pesar del resarcimiento debido.

Estas conductas son una realidad jurídico-económica constatada y, sin embargo, los estudios realizados hasta el momento la abordan desde la dialéctica Derecho Continental-Derecho Anglosajón o desde la óptica aislacionista del Derecho de Daños —excluyendo la problemática de su ámbito sin preocuparse de si obtiene o no una adecuada respuesta en nuestro ordenamiento jurídico—.

Por todo ello, en este estudio se realiza un análisis integral del fenómeno orientado a la búsqueda de un principio de solución. En este sentido, se abordan: *(i)* la identificación de la naturaleza y elementos definitorios de la conducta de cálculo apriorístico del daño; *(ii)* el estudio de la problemática por la principal doctrina jurídico-económica; y *(iii)* la eventual existencia y suficiencia de mecanismos para prevenir en el ordenamiento jurídico español su causación y repetición. A partir de las conclusiones extraídas del estudio, finalmente, se ofrecerá la caracterización de una solución integral y permanente de la problemática.

II. IDENTIFICACIÓN DE LA NATURALEZA Y ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LAS CONDUCTAS DE CÁLCULO APRIORÍSTICO

1. El ejemplo clásico: la ganadería y agricultura de Ticio y Cayo

Los preceptos de la responsabilidad civil previstos en los códigos decimonónicos daban respuesta jurídica al supuesto en que la vaca de Ticio —o incluso todas las cabezas de su ganado— invadiesen el predio de Cayo y asolaban, con su rumiar, la totalidad de sus cultivos.

En el ejemplo planteado y a los meros efectos expositivos, podríamos asumir que la situación jurídica y económica de partida de Ticio y de Cayo es diversa. Podríamos asumir, sin excesiva dificultad, que las cabezas de ganado de Ticio tienen mayor valor económico que los cultivos de Cayo, o que el ganado siempre va a poder repetir su asolador rumiar a costa de los cultivos del agricultor, etc. En suma, podríamos afirmar la preeminencia económica del ganadero sobre el agricultor. Pero, ¿es esa diferencia económica una que deba preocupar al ordenamiento jurídico civil? ¿Tendría algún interés Ticio, aun satisfaciendo el importe de su responsabilidad civil, en permitir de forma reiterada la invasión bovina de los cultivos vecinos? ¿Puede el ganado de Ticio poner en riesgo algún tipo de interés general de los vecinos agricultores si su ganado asciende a varios millares de cabezas?

La respuesta a esos interrogantes, más que probablemente, habría sido negativa en el contexto económico del siglo XIX y las centurias precedentes. Por mucho que la posición económica de partida de ambos litigantes fuese distinta, no cabía entonces asumir distancias insalvables entre ellas. Por mucho que el importe de la responsabilidad civil satisfecha por Ticio pudiera parecerle relativamente irrelevante, difícilmente podría predicarse su inocuidad para la economía del ganadero. Aun cuando Ticio pudiera haberse sentido tentado a permitir a su ganado repetir el pasto, probablemente, sería más barato para él adquirir pienso para sus vacas. Y, por último, el número de cabezas de ganado de Ticio, por grande que fuese, jamás podría poner en peligro ningún interés general mayor, en el peor de los casos, que el interés de los vecinos colindantes que se viesan afectados por la falta de escrúpulos de aquel y por el apetito bovino.

Pues bien, esas conclusiones predicables en el ejemplo clásico han devenido inciertas en nuestros tiempos con el desarrollo de la economía de mercado y la globalización. Los pequeños o medianos ganaderos de entonces son las grandes corporaciones de hoy en día. ¿Podemos mantener nuestras conclusiones a la luz de esta “nueva” realidad?

Las partes procesales que se enfrentan en la actualidad en nuestros tribunales por incidentes análogos al descrito parten, cada vez más, de una situación económica más dispar. Los importes de la responsabilidad civil que satisfacen en nuestros días algunas personas jurídicas son apenas un porcentaje minúsculo de sus cuentas de pérdidas y ganancias anuales¹. Es cierto que, en ocasiones, el importe agregado de esa responsabilidad civil adquiere dimensiones considerables pero, ¿crecen en la misma proporción el *quantum* indemnizatorio y los beneficios empresariales derivados de la conducta dañosa? ¿Se ve incrementado el importe de la responsabilidad civil por el efecto de las economías de escala en la misma proporción que lo hacen los ingresos?

La realidad es que la falta de proporción entre daño realmente indemnizable y la envergadura de los posibles ingresos (o aprovechamientos) generados por la propia conducta dañosa puede, en ocasiones, tentar a causar el daño o repetir la conducta; algo que rápidamente habría descartado nuestro ganadero local después de un simple cálculo. Por último, todo ello se ve afectado por el elemento amplificador del fenómeno globalizador, que convierte las decisiones de individuos concretos en potencialmente dañinas para un número amplísimo de personas —lo que también atomiza las eventuales reclamaciones, el devengo de las indemnizaciones, etc.—.

2. Elementos definitorios de la conducta de cálculo apriorístico

Así las cosas, resulta necesario sistematizar las características de las conductas objeto de este análisis y que bautizaremos, en adelante, de cálculo apriorístico del daño:

- Se trata de un **comportamiento activo u omisivo** del sujeto agente del daño.
- Mediante el que este **asume conscientemente un riesgo** o, directamente, **causa un daño**.
- Que afecta a: **(i) una pluralidad de sujetos**; y **(ii) que, normalmente, tienen una posición económica dispar a la del causante**.
- Y todo ello ha de venir inspirado por un **cálculo apriorístico del coste / beneficio** derivado de esa asunción de riesgo o causación del daño.

¹ En determinados ordenamientos, la riqueza del causante del daño resulta relevante para medir la gravedad de su conducta dañosa. En este sentido, KEITH N. HYLTON, (2006), “*Tort law. A modern Perspective*”, Nueva York, Cambridge University Press, pág. 405.

En este punto, hemos de hacernos deudores del *Common Law* para aproximarnos a este último elemento que subyace a la conductas de cálculo apriorístico —por ser su elemento realmente diferencial—. Y es que no ha de bastar con el simple cálculo, sino que este ha de venir acompañado de un elemento subjetivo que refuerce el desvalor de la conducta.

En concreto, en sede de daños punitivos del *Common Law* norteamericano, se justifica su especial reproche por el carácter deliberado de la conducta (“*wantonness*”) y se define como²:

“Such disposition or mental stage is shown by a person, when, notwithstanding his conscious and timely knowledge of an approach to an unusual danger and of common probability of injury to others, he proceeds into the presence of danger, with indifference to consequences and with absence of all care (...)

It is not necessary to prove that the defendant deliberately intended to injure the plaintiff. It is enough if it is shown that, indifferent to consequences, the defendant intentionally acted in such a way that the natural and probable consequences of his act was injury the plaintiff”

En efecto, sin perjuicio de que la definición carezca de encaje en la categoría jurídica de culpa civil continental, los elementos claves de la definición reposan en: *(i)* la aproximación consciente a una riesgo; *(ii)* la consciencia de una cierta probabilidad de su consumación; y *(iii)* la indiferencia hacia las eventuales consecuencias, es decir, al daño.

Sentados los elementos característicos de la conducta objeto de estudio, constataremos a continuación cómo ha venido siendo tratado ese fenómeno por la doctrina jurídico-económica.

III. LA PROBLEMÁTICA A TRAVÉS DEL TIEMPO Y LA DOCTRINA JURÍDICO-ECONÓMICA

El tipo de conductas descritas en este estudio no han sido ajenas al estudio por la doctrina científica jurídico-económica, tanto patria —más aisladamente— como comparada —en mayor profundidad—.

A continuación abordaremos, en aras de la brevedad, tan solo algunas de esas perspectivas que servirán para confirmar la problemática y vislumbrar un principio de solución:

² GOLDBERG, J.C.P., SEBOK, A. J. y ZIPURSKY, B. C., (2012), “*Tort Law. Responsibilities and Redress*”, Nueva York, Wolters Kluwer Law & Business, 3ª edición, pág. 521.

1. El “teorema de Coase” y su aplicación al objeto de estudio

RONALD COASE fue uno de los pioneros que, predominantemente desde el campo de la economía, sugirió el posible interés del causante de un daño en seguir perpetrándolo —e incluso aumentarlo— siempre que la ganancia marginal por ese daño fuese superior al coste de indemnizarlo.

El famoso “Teorema de Coase”³, sin embargo, planteaba las limitaciones propias de su formulación como regla matemática. Simplificaba los supuestos de hecho y efectuaba una abstracción de lo jurídico para ceñirse al ámbito económico que, en cierta medida, lo alejaban del objeto último de este análisis —aunque no lo suficiente como para dejar de tratarlo—.

COASE consideraba que en un ordenamiento sin costes de transacción —es decir, en el que no tuviese un coste el que las partes alcanzasen un acuerdo (abogados, procuradores, peritos, etc.)—, el daño producido por el causante al perjudicado era reductible a un simple coste de producción.

Así, el valor de la cosecha rumiada no sería sino un coste para el ganadero, propio de la cría de ganado y, para el agricultor, el pastar de los animales sería también un coste de producir su cereal. Quién tuviese que pagar ese coste es una cuestión irrelevante para la economía porque lo crucial es que aquel que obtuviese un mayor beneficio marginal de su actividad compensaría (mediante un acuerdo y sin costes de transacción) convenientemente al otro para soportar el coste —quien a su vez estaría encantado de hacerlo porque la compensación sería superior a su beneficio marginal sin, además, tener que encargarse de las duras labores de la labranza para obtenerlo—.

De este modo, se persona en el teorema el cálculo apriorístico del beneficio marginal en comparación con el coste marginal de resarcir el daño. Aunque el *Teorema de Coase* parte de los mismos principios expuestos en este estudio, no sirve, en nuestra opinión, para dar una respuesta válida —en la práctica y en un plano jurídico— a la concreta problemática planteada.

Y ello porque: (i) el teorema asume que, tanto el causante del daño como el dañado, mantienen una actividad económica que se ve perjudicada por la actividad del otro⁴ —cuando

³ COASE, RONALD H., (1960), “*The problem of social cost*” en “*The Journal of Law and Economics*”, Chicago, The University of Chicago Press, págs. 1-44.

⁴ Es cierto que en el supuesto de *Bryant vs. Lefever* (COASE, RONALD H., “*The problem of...*”, *op. cit.*, pág. 11), en el que un vecino demandaba a otro por la construcción de una pared que ocasionaba que la vivienda del primero se llenase de humo al encender la chimenea, ninguna de las partes mantenía una actividad económica. Pero no deja de ser cierto que, en ese caso, también existía una paridad entre ambos agentes (siquiera porque ninguno de los dos ejercía actividad económica alguna).

no es necesariamente así—; *(ii)* no prevé la posibilidad de la multiplicidad de “*dañados*” que dificultaría cualquier transacción; y *(iii)* sobre todo, parte de la falsa abstracción sobre la inexistencia de los costes de transacción —insalvable hasta el momento para fortuna de la profesión letrada—.

En definitiva, a la postre, COASE no está preocupado por lo jurídico. Este pensamiento, exclusivamente económico, podría desembocar en resultados verdaderamente “*injustos*”, inaceptables para el ordenamiento por más que reportasen un “*valor social*” neto mayor.

2. El “*coste de los accidentes*”

El profesor GUIDO CALABRESI fue uno de los primeros en abordar la cuestión desde una óptica jurídica en su obra⁵. En ella aborda el debate sobre los fines de la responsabilidad civil; donde halla, entre otros, la reducción del *coste primario* de los accidentes (entendido como aquel que sufre la sociedad por la causación del daño y el fallo en su prevención) y del *coste secundario* (identificable, en gran medida, con el daño sufrido).

Pues bien, el *coste primario* no es sino aquel que ha de sufrir la sociedad por la repetición o por la gravedad de las conductas que generan *coste secundario*. En este sentido, el concepto de *coste primario* y la finalidad de su reducción enlaza con las conductas de cálculo apriorístico porque trascienden la mera reparación (*coste secundario*) cuya certeza y limitación en el *quantum* da sentido al acto dañoso calculado (y permite que se reproduzca).

La importancia del *coste primario* para este estudio radica en el reconocimiento de la necesidad de disminuir el número de actos dañosos —no solo de repararlos—, la búsqueda de una combinación de métodos de derecho público y privado para alcanzarla y, en concreto, la asignación de parte de esa función al Derecho de Daños.

En este sentido, CALABRESI niega que la única finalidad del Derecho de Daños pueda ser “*reparar el daño*” causado a la víctima, porque, si ese fuera el caso, la opción por una reparación a cargo del causante del daño (sujeta, por tanto, a su suerte patrimonial), mediatizada por un procedimiento judicial de resultado y momento de pago inciertos, sería con diferencia el peor sistema para alcanzar ese fin reparador⁶.

Al contrario, si ese fuera el único fin de la responsabilidad civil (la reparación), sería preferible acudir a sistemas de seguridad social que asegurasen la reparación de la víctima a toda costa o

⁵CALABRESI, G. (1984), “*El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*”, Barcelona, Ariel Derecho.

⁶ Se trata, en síntesis, de lo que el autor denomina “*el sistema de responsabilidad civil por culpa*” basado en el estudio casuístico del daño, la decisión judicial (de un jurado, en su caso) y marcado por la posibilidad de asegurar el daño (CALABRESI, G., “*El coste de...*”, op. cit. pág. 243).

sistemas de seguros de responsabilidad civil obligatorios. De este modo, si no se adoptan ese tipo de soluciones, que garantizarían que la víctima nunca tuviese que soportar el coste del daño, es porque existe un fin adicional: que se reduzca el número y la gravedad de los accidentes (*coste primario*) y, por qué no, las conductas dañosas que los generan como antecedente lógico (lo que entronca directamente con el objeto de nuestro estudio)⁷.

3. El derecho anglosajón y la prevención: *tort law and punitive damages*

En el ámbito del *Common Law*, la problemática se ha resuelto durante centurias por medio de los daños punitivos. Así, ya se observa la aplicación de esta institución desde el siglo XVIII para algunos casos similares a los objeto de este estudio⁸:

“(...) only to those who can demonstrate that they have been victims of certain ‘aggravated’ forms of mistreatment involving ‘malice, insult, oppression, [or] wanton or wilful violence’”

La finalidad de esta institución jurídica es clara⁹:

“The purpose of punitive damages is to punish and deter. To gain a deeper understanding of punitive damages, we should examine why compensatory damages are not sufficient for this purpose”

Sin ánimo de exhaustividad, es evidente que la institución de los *punitive damages* de algunos ordenamientos de corte anglosajón responden a la finalidad de evitar las conductas de cálculo apriorístico por la vía de incrementar el coste de su actuación para el causante del daño. En suma, deposita en el Tort Law la función de prevenir las conductas generadoras de daño inspiradas

4. La doctrina española: ¿insuficiencia del principio resarcitorio?

El doctrina científica doméstica guarda diversidad de opiniones al respecto. Por un lado, existe un grupo de autores que ha transitado las tesis anteriores y asumen sin reparos la trascendencia del Derecho de Daños más allá del fin reparador.

Dentro de este colectivo, hallamos, como abanderados, a SALVADOR CODERCH y GOMEZ LIGÜERRE que consideran que *“el derecho de daños contribuye a reducir los costes de los accidentes decidiendo quién ha de cargar con ellos”*¹⁰.

⁷ CALABRESI, G., *“El coste de...”*, op. cit. pág. 61.

⁸ GOLDBERG, J.C.P., SEBOK, A. J. y ZIPURSKY, B. C., *“Tort Law ...”*, op. cit., pág. 519 por referencia al caso *Towle v. Blake*, 48 N.H. 92 (1868).

⁹ KEITH N. HYLTON, *“Tort Law...”*, op. cit., pág. 401.

¹⁰ SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGUERRE, C., (2005), *“El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”*, Barcelona, InDret 1/2005, Revista para el análisis del Derecho.

De este modo, hallan en el Derecho de Daños la vía intermedia entre la transacción por vía de la asignación de los derechos de propiedad (muy similar a lo expuesto por COASE) y las medidas de corte público (administrativas o penales). De este modo, el Derecho de Daños permitiría prevenir los “*accidentes*” mediante el efecto disuasorio del coste de la reparación del daño cuando este es suficiente.

Por otro lado, el sector más tradicional niega cualquier finalidad de la responsabilidad civil distinta de la mera reparación¹¹. Según su parecer, la dicción del art. 1.902 del Código Civil es indiscutible y, por lo tanto, si la responsabilidad civil contribuyese de algún modo a la reducción de los actos causantes de daño sería un mero efecto colateral (deseable, quizás, pero no premeditado). En este sentido, entienden que la prevención y evitación de las conductas dañinas corresponde, en su caso, al Derecho Administrativo o al Derecho Penal.

IV. LAS REACCIONES DEL ORDENAMIENTO A LAS CONDUCTAS DE CÁLCULO APRIORÍSTICO DEL DAÑO

Atendida esa realidad jurídica y económica, en nuestro ordenamiento se han configurado distintos medios heterogéneos para paliar ese tipo de conductas, prevenirlas y, en su caso, castigarlas.

1. Medidas en el ámbito del Derecho Administrativo

La función preventiva de las conductas dañinas ha quedado relegada muy especialmente al Derecho Administrativo. Estando el Derecho Penal teóricamente restringido por el principio de *ultima ratio* y de mínima intervención (claudicante en los últimos tiempos, como veremos); la sanción administrativa ha tratado de paliar casi en solitario las conductas de cálculo apriorístico del daño.

Así, comprobamos cómo han proliferado los organismos reguladores en determinados sectores de la economía más susceptibles de presentar infracciones que causen daño a una pluralidad de sujetos. Nos referimos lógicamente a las sanciones potestad de organismos como la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) o la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

¹¹ PANTALEÓN, F. (2001), “*La prevención a través de la indemnización: los daños punitivos en derecho norteamericano y el logro de sus objetivos en el Derecho español*”, Madrid, Derecho del consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía.

En este sentido, cabe referirnos, a modo de ejemplo, a la potestad sancionadora de la CNMC prevista en diversas normas¹². Estos preceptos, teóricamente destinados a desincentivar las conductas potencialmente dañinas de ciertas entidades mercantiles, en la práctica, se traducen en sanciones que oscilan entre los diez mil y los varios cientos de miles de euros¹³.

El Derecho Administrativo, sin embargo, presenta claras limitaciones como método preventivo para las conductas de cálculo apriorístico del daño. A saber: *(i)* la potestad discrecional para la incoación del procedimiento administrativo sancionador; *(ii)* las limitaciones materiales del Derecho Administrativo —la probabilidad de que el cuerpo de inspectores de los organismos reguladores sean capaces de hallar un número relevante de las conductas infractoras, el coste de incrementar su número, etc.—; *(iii)* el *quantum* de las sanciones¹⁴; *(iii)* el ámbito de aplicación de las sanciones restringido a los sectores regulados —no basado en una teoría generalmente aplicable a cualquier conducta dañina—; *(iv)* y, por último, el carácter reactivo —no preventivo— del Derecho Administrativo.

El Derecho Administrativo y, en concreto, la potestad sancionadora depositada en los organismos reguladores se muestra insuficiente para prevenir el cálculo apriorístico de determinados agentes del mercado que podrían elegir causar el daño como medida económicamente racional. Prueba de ello es, como veremos a continuación, la extensión del derecho penal a ámbitos que tradicionalmente tenía vedados.

2. Medidas en el ámbito del Derecho penal

El Derecho Penal ha sido, tradicionalmente, el instrumento de prevención y punición por antonomasia de las conductas contrarias al ordenamiento jurídico y a los intereses generales. Sin embargo, el alcance del Derecho Penal ha estado tradicionalmente restringido por, entre otros, los principios de *ultima ratio* y de mínima intervención, frente al Derecho

¹² Art. 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; art. 60.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual; y art. 113 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, entre otras.

¹³ Memoria del año 2014 de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Hemos excluido prácticas de abuso de posición de dominio y similares, más cuantiosas, por no ajustarse al supuesto de conductas sobre las que sea fácil individualizar el daño causado a una pluralidad de individuos.

¹⁴ CALABRESI, G., “*El coste de...*”, *op. cit.* pág. 128: “*Incluso en el caso de descubrir siempre a quien comete el acto o la actividad prohibida, la prohibición y la restricción no serán efectivas si la sanción que corresponde no es suficientemente severa; siendo el resultado aquí muy similar al que se obtiene limitando la actividad o el acto prohibido. El efecto que produce una sanción inadecuada es el de gravar con ella, como si de un tributo se tratara, a los posible infractores*”.

Administrativo¹⁵, que lo definen como la última opción del legislador y le imponen la menor intromisión posible en la vida de los ciudadanos.

Frente a esa realidad teórica, en las últimas décadas y tras numerosas reformas del Código Penal, hemos asistido en España a un aumento sin precedentes de las conductas típicas que, según el legislador, son merecedoras de consecuencias penales. Adicionalmente y con carácter relativamente reciente, llaman la atención las reformas que permiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas por su especial relación con el objeto de este estudio.

En este sentido, las conductas de cálculo apriorístico del daño podrían intentar hallar encaje en las conductas típicas de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico —así, recalariamos en conductas típicas más tradicionales como la estafa y que parecen tener su utilidad para el supuesto analizado¹⁶— o los delitos contra los consumidores —que parecen específicamente destinados a prevenir las conductas objeto de estudio en la medida en que castigan “*la realización de maniobras fraudulentas dirigidas a una multitud indiferenciada de consumidores, usuarios o inversores, con potencialidad lesiva para su patrimonio*”¹⁷—.

No obstante lo anterior, también halla sus limitaciones como método de prevención en: (i) los principios penales de tipicidad —que lo hace incapaz de alcanzar todas las conductas de cálculo apriorístico, tan diversas como relaciones económicas puedan existir—, *ultima ratio* y mínima intervención —sobre todo, cuando no se causa intencionadamente el daño, sino que se asume un riesgo conscientemente—; (ii) el elemento subjetivo del tipo penal —que supone limitaciones claras para la aplicación de determinados tipos penales que, como la estafa, solo admite la comisión dolosa—; y (iii) muchas de las limitaciones que ya afectarían al derecho administrativo (criterios de oportunidad para reconocer la relevancia penal de una concreta conducta, limitaciones materiales, etc.).

¹⁵ TORNOS MAS, J., (2014), “¿Quién debe ejercer el «ius puniendi» del Estado?”, Pamplona, *Revista española de Derecho Administrativo* num. 161/2014. Ed. Civitas.

¹⁶ En este sentido, GALÁN MUÑOZ, A., (2013), “El fraude de inversores del Artículo 282 bis CP. ¿Una figura protectora del correcto funcionamiento de los mercados financieros en tiempos de crisis?”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* num. 31/2013, Ed. Aranzadi-Cizur Menor; lo considera el “*instrumento penal especialmente idóneo para luchar contra muchos de los abusos que se pudiesen producir en los mercados como consecuencia de la difusión de todo tipo de informaciones falsas, aunque el hecho de que solo castigue los que sean bastantes para generar un error en sus víctimas y que se cometan, además, con ánimo de lucro podría, según algunos autores, limitar significativamente su eficacia represora de este tipo de actuaciones*”.

¹⁷ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., (2011), “*Delitos contra los intereses económicos de los consumidores y estafa*”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI.

En definitiva, precisamente porque el Derecho Penal no puede llegar a todos los rincones de la economía de mercado —ámbito del Derecho Civil y el Derecho Mercantil— o hacerlo sin vulnerar sus principios más básicos, es por lo que en determinados ámbitos se han venido adoptando medidas *sui generis* y aisladas de corte jurídico-civil que pretenden paliar la generalización del cálculo apriorístico del daño.

3. Medidas en el ámbito del Derecho Civil

Como veníamos exponiendo, el cálculo apriorístico de la probabilidad de que se consume un riesgo y acabe derivando en un daño real e indemnizable, enfrentado al beneficio potencial de la actuación generadora del riesgo, puede adquirir múltiples formas. Prueba de ello es el reconocimiento de esta realidad en diversos ámbitos eminentemente civiles.

En concreto, en el ámbito del derecho al honor y la intimidad hace ya décadas que el legislador se percató de que la imagen y el honor de determinadas personas tenía un contenido económico relevante. Por ello, consideró que el cálculo del “daño” sufrido por quien ve vulnerado su derecho subjetivo al honor y a la intimidad se midiese conforme al beneficio obtenido por el causante del daño. Así lo entendía el antiguo art. 9.3 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen¹⁸. De hecho, parte de la doctrina ha vislumbrado tras ese precepto un ejemplo “larvado” de daños punitivos¹⁹.

Por otra parte, en el ámbito de la reparación de daños bajo la normativa laboral hallamos una reacción adicional a las conductas de cálculo apriorístico. En concreto, conforme al art. 164 de la Ley General de la Seguridad Social²⁰, el empresario debería indemnizar al trabajador por un importe superior al daño efectivamente sufrido por causas muy similares a las planteadas en este estudio (el cálculo por el empresario de la probabilidad de consumación del riesgo, la

¹⁸ En la actualidad, ha sido modificado por la L.O. 5/2010 de 22 de junio —que modificó el Código Penal de 1995— y sustituido por una redacción en la que no se hace mención a los beneficios obtenidos por el infractor y que parece acoger las críticas doctrinales al respecto modificando la mención a la “indemnización” en el apartado 2. En todo caso, la redacción que nos ocupa estuvo vigente durante décadas y es merecedora de estudio.

¹⁹ MARTIN-CASALS, M., (1990), “Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor”, Madrid, “El mercado de las ideas” —coordinador SALVADOR CODERCH, P.—, Centro de Estudios constitucionales, pág. 399. En efecto, salvo que se pudiera demostrar un lucro cesante del dañado, el precepto tenía difícil encaje en la teoría general de la responsabilidad civil.

²⁰ Antiguo art. 123 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, previo a la refundición practicada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

omisión consciente de las medidas de seguridad oportunas, etc.). Asimismo, hallamos respuestas similares las hallamos en el ámbito de las patentes²¹ o las marcas²²:

Con todo, los conatos de respuesta en el ámbito civil a las conductas de cálculo apriorístico son muy aislados y los preceptos han venido siendo derogados, limitados o duramente criticados en pro de las soluciones de tipo administrativo o penal.

V. REQUISITOS EXIGIBLES A UNA ALTERNATIVA COMO PRINCIPIO DE SOLUCIÓN

Cuanto se ha expuesto habrá servido para constatar la realidad de la problemática y analizar las medidas adoptadas para su solución en nuestro ordenamiento. En este sentido, la pretensión de este artículo se aleja de intentar hallar una solución definitiva a la problemática —demasiado ambiciosa para tan pocas páginas y los “*ríos de tinta*” que al respecto se han derramado—. A pesar de todo, sí cabe sistematizar las notas características que habría de reunir un principio de solución para la prevención de las conductas de cálculo apriorístico:

- Debe tratarse de una **teoría general** adaptable al mayor número de supuestos posibles y a la distinta casuística.
- De **ejercicio abierto** tanto: (*i*) por su iniciativa o juicio de oportunidad —actuando como regla de *minimis* el propio mercado—; como (*ii*) en pro de su efectividad —para que al poder ser ejercida por todo aquel afectado no se vea limitada por las restricciones materiales—.
- Con una **entidad suficiente**; es decir, tener un *quantum* capaz de prevenir la conducta.
- **No** debe ser **asegurable** (para evitar acabar con su efecto preventivo).
- Debe compartir un cierto **criterio de justicia**.

VI. CONCLUSIÓN

En definitiva, se ha comprobado —siquiera por medio de un análisis económico o de Derecho Comparado— que existe una realidad económica según la cual, si se causa un daño a terceros pero el retorno económico de la actuación es superior al *quantum* indemnizatorio, es posible

²¹ Antiguo art. 66.2 b del la derogada Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes que fue modificado en una reforma de 2006 por la que se suprimió el apartado c).

²² Art. 43 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

que esa conducta no solo acabe llevándose a cabo, sino que se repita. Ese riesgo se multiplica en una economía de mercado donde también aumenta el número de agentes implicados (causantes del daño y dañados), los desequilibrios económicos entre ambos y las posibilidades procesales de unos y otros.

De hecho, la mejor prueba de existencia de esa realidad económica es el que en otros ordenamientos haya venido siendo objeto de estudio por la doctrina y hace ya décadas que se adoptaron medidas legislativas para prevenirla.

Atendido lo anterior y volviendo a nuestro ordenamiento, solo cabe, bien negar esa realidad económica; o bien afirmarla y comprobar qué medidas ha previsto el Derecho español para atajar la problemática y, en su caso, si son suficientes y efectivos.

Pues bien, hemos comprobado cuáles son esos mecanismos de nuestro ordenamiento y constatado sus limitaciones. La mayor parte de la doctrina científica que estudia el Derecho Civil patrio, depositario en otros ordenamientos de la función de evitar las conductas de cálculo apriorístico, defiende que se trata de un negociado ajeno a su función meramente reparadora y la adopción de ese criterio se constata en nuestro *corpus* legislativo —salvo puntuales excepciones—. Con todo, no parece existir una preocupación por constatar si el Derecho Administrativo o el Derecho Penal, a los que se arroga toda la función preventiva de nuestro ordenamiento, atajan efectivamente las conductas de cálculo apriorístico del daño.

A la postre, solo resta optar entre negar la relevancia de la problemática jurídico-económica expuesta y conformarse con soluciones imperfectas y ortodoxas; o buscar un principio de solución desde una sana heterodoxia, que esté más preocupada de la enfermedad que del medicamento que se suministra.